



**LAND
SALZBURG**

Legislativ- und
Verfassungsdienst

Zahl (Bitte im Antwortschreiben anführen)

2003-BG/244/59-2016

Datum

31.08.2016

Chiemseehof

Postfach 527 | 5010 Salzburg

Betreff

Entwurf eines 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes; Stellungnahme

Bezug: BMJ-Z4.973/0059-I 1/2016

Fax +43 662 8042-2165

landeslegistik@salzburg.gv.at

Mag. Thomas Feichtenschlager

Telefon +43 662 8042-2290

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum im Gegenstand bezeichneten Gesetzentwurf gibt das Amt der Salzburger Landesregierung folgende Stellungnahme bekannt:

A. Allgemeines:

1. Grundsätzliches:

1.1. Zur Bezeichnung des Gesetzes und zur weiterverwendeten Begrifflichkeit:

Nachdem das Gesetzesvorhaben zahlreichende Bestimmungen enthält, die auch -und zwar ganz grundsätzlich und massiv -Minderjährige betreffen, und zudem die sozialpädagogischen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe dem Regime des Heimaufenthaltsgesetzes (HeimAufG) unterworfen werden sollen, ist die Bezeichnung Erwachsenenschutzgesetz unzutreffend und irreführend. Dass dem Gesetzgeber dies auch bewusst ist, ist den Erläuterungen zu § 1 des neugefassten Erwachsenenschutzvereinsgesetzes zu entnehmen, wenn dort explizit angesprochen wird, dass die Unschärfe, dass die Bestimmungen (gemeint dieses Gesetzes) im eingeschränkten Maße auch für Minderjährige gelten, der Prägnanz der Bezeichnung wegen in Kauf zu nehmen ist. Diese Sichtweise wird ho nicht geteilt.

Ferner wird darauf hingewiesen werden, dass in den Textvorschlägen zu einzelnen Gesetzen weiterhin der nicht mehr gebräuchliche Terminus „Jugendwohlfahrt“ Verwendung findet anstelle des mit dem Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013 eingeführten Begriffes der „Kinder- und Jugendhilfe“. Das Vorhaben sollte dazu genutzt werden, auch hier eine terminologische Anpassung vorzunehmen.

www.salzburg.gv.at

Amt der Salzburger Landesregierung | Landesamtsdirektion

Postfach 527 | 5010 Salzburg | Österreich | Telefon +43 662 8042 0* | post@salzburg.gv.at | DVR 0078182

1.2. Zur Zuständigkeit:

1.2.1. Vorab muss dem im Allgemeinen Teil der Erläuterungen sowie in der Darstellung der Ziele des Vorblattes zum Ausdruck gebrachten Gedanken, wonach „der Vertreter und das Gericht also nicht mehr anstelle der hierfür zuständigen Träger Aufgaben der Sozial- und Behindertenhilfe übernehmen“ sollen, entschieden entgegengetreten werden. Dies aus den folgenden grundsätzlichen (verfassungs-)rechtlichen Erwägungen:

Die Kompetenz zur Regelung der Teilnahme bzw Teilhabe am rechtsgeschäftlichen Verkehr wie auch die Definition und Ausübung höchstpersönlicher Rechte ist unzweifelhaft dem Bundesgesetzgeber vorbehalten. Davon geht auch das Bundesministerium für Justiz aus (siehe Pkt 5 des allgemeinen Teils der Erläuterungen, der auf Art 10 Abs 1 Z 6 und Art 12 B-VG Bezug nimmt). Die Tragung des damit verbundenen Aufwandes ergibt sich aus § 2 F-VG und liegt demnach beim Bund.

Im einschlägigen Salzburger Landesrecht sind - entsprechend der geltenden Kompetenzverteilung - keine konkreten besonderen Handlungspflichten für den Träger der Sozial- und Behindertenhilfe im Regelungsgegenstand des Gesetzesentwurfs zu erkennen, die auch die (Landes-)Vollziehung binden. Die Bindung der (Landes-)Vollziehung ist in diesem Bereich dieselbe wie die eines jeden Normunterworfenen, der am Rechtsverkehr teilnimmt. Eine besondere darüber hinausgehende Verpflichtung der Sozial- und Behindertenhilfe auf Versorgungs- oder Leistungsebene kann dem geltenden Recht nicht entnommen werden.

Wenn nun im gegenständlichen Entwurf Bereiche (mit)geregelt werden sollen, die tatsächlich die Materie Sozial- und Behindertenhilfe betreffen, dann käme dem Bund eine Regelungskompetenz als Grundsatzgesetzgeber zu, von der Gebrauch zu machen ihm jederzeit freisteht. Diese hätte dann aber auch den verfassungsrechtlich gebotenen Rahmen für eine entsprechende Gesetzesinitiative zu beachten. Dies ist im gegenständlichen Regelungskonvolut jedoch nicht erkennbar.

Es ist daher davon auszugehen, dass durch die einfachgesetzliche Umgestaltung des Sachwalterschaftsrechts es zu keiner Zuständigkeitsverlagerung kommen kann und soll. Eine grundsatzgesetzliche Bindung der Länder hinsichtlich der ausführungsgesetzlichen Ausgestaltung der Sozial- und Behindertenhilfe ist nicht erkennbar. Auch eine Zuständigkeit der Länder als Träger der Sozial- und Behindertenhilfe für den Regelungsgegenstand ist nicht erkennbar. Würde man die kritisierte Aussage ernst nehmen, so wäre dies auch als Eingeständnis zu werten, dass sich bislang der Bund Zuständigkeiten (unter unzutreffendem Kompetenztatbestand wohl unberechtigter Weise) arrogiert hätte - wovon ho nicht ausgegangen wird.

In diesem Zusammenhang ist daher vorab festzuhalten, dass in Folge der Umsetzung des Gesetzesvorhabens allenfalls auftretende „Vertretungslücken“ im rechtsgeschäftlichen Verkehr für die schutzbedürftige Personen vom Bund zu verantworten sind und durch die Neugestaltung des bisherigen Sachwalterschaftsrechts keine Zuständigkeit für die Träger der Sozial- und Behindertenhilfe entsteht oder auch nur „auflebt“, diese Lücken zu „kompensieren“. Letztere sind dann einfach - mit den entsprechenden nachteiligen Folgen - vorhanden. Auch ist - nachdem der Bund von seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz nicht Gebrauch gemacht hat - die Landesgesetzgebung in der Gestaltung des Leistungsangebotes der Sozial- und Behindertenhilfe weitgehend frei.

1.2.2. Abgesehen davon ist evident, dass der von den Änderungen des Sachwalterschaftsrechts betroffene Personenkreis („schutzberechtigte Personen“) sich zumindest teilweise von dem in der Sozial- und Behindertenhilfe als unterstützungsbedürftig definierten Personenkreis unterscheidet und dass bei weitem keine Deckungsgleichheit vorliegt.

1.2.3. Des Weiteren ist es zur Vermeidung von schwerwiegenden Interessenskollisionen geradezu zwingend erforderlich, dass der weitgehend hoheitlich handelnden Sozial- und Behindertenhilfe insbesondere im Bereich der Leistungszuerkennung keinerlei Zuständigkeit für die Frage der Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (und auch nicht für die Unterstützung zur Ausübbarkeit derselben) der Normunterworfenen zukommt, die über die allgemeine Verpflichtung des § 13a AVG (Belehrungspflicht) hinausgeht. Eine Bündelung der Verantwortung beim Träger der Sozial- und Behindertenhilfe - dem jeweiligen Land - für die Regelung des Leistungsangebotes und Leistungszugangs, die Kostentragung und nun auch noch die (umfassende) Unterstützung potentieller Leistungsempfänger bei der Geltendmachung der Leistung würde bisherigen Standards eines Rechtsstaates wohl zuwider laufen. Dies muss konsequenterweise auch für die von den Trägern der Sozial- und Behindertenhilfe zur Leistungserbringung herangezogenen öffentlichen und privaten Einrichtungen und deren Personal gelten, zumindest immer dann, wenn es um Unterstützung bei der Entscheidungsfindung in Angelegenheiten gehen soll, die den Leistungsbereich der betroffenen Einrichtung berührt.

Legt man dem Gesetzesvorhaben das kritisierte Verständnis zu Grunde, so scheint absehbar, dass den in zahlreichen Konstellationen im Bereich der Betreuung von schutzberechtigten Personen durch Einrichtungen der Sozial- und Behindertenhilfe auftretenden Interessenskonflikten mittels des Rechtsinstrumentes des Kollisionskurators zu begegnen sein wird.

1.3. Zur Ausdehnung des Geltungsbereiches des Heimaufenthaltsgesetzes auf Einrichtungen zur Pflege und Erziehung von Minderjährigen:

1.3.1. Vorab sind grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen dieses Regelungsvorhaben zu äußern: Will man der grundsätzlichen Logik des Gesetzesvorhabens zum Heimaufenthaltsgesetz (Schutz von Minderjährigen vor altersuntypischen Freiheitsbeschränkungen) folgen, wird die Ausübung der Obsorge, welche doch das gesamte personenrechtliche Fürsorgeverhältnis umfasst, wohl als Konkretisierung des Falles des Art 2 Abs 1 Z 6 des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit anzusehen sein. Demnach darf die persönliche Freiheit Minderjähriger auf die gesetzlich vorgesehene Weise zum Zweck notwendiger Erziehungsmaßnahmen entzogen werden. Festzuhalten ist weiters, dass die Übertragung - sei es der Obsorge oder der faktischen Ausübung derselben - grundsätzlich durch Gerichtsbeschluss oder Vereinbarung mit den leiblichen Eltern bzw sonst obsorgeberichtigen Personen an den Kinder- und Jugendhilfeträger erfolgt. Der Kinder und Jugendhilfe stehen zur Durchsetzung ihrer Fürsorgepflichten bzw zur Ausübung der Pflege und Erziehung grundsätzlich keine anderen Mittel zur Verfügung, als die im ABGB und im einschlägigen Verfahrensrecht allgemein den obsorgeberichtigen Personen zukommen. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass nunmehr hinsichtlich der Ausübung der Obsorge ausschließlich Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe dem Anwendungsbereich des Heimaufenthaltsgesetzes unterworfen werden sollen, ist nicht erkennbar: Minderjährige werden im Rahmen der vollen Erziehung in sozialpädagogischen Einrichtungen der Kinder und Jugendhilfe untergebracht. Das zweite Instrument der Vollen Erziehung, das dem Kinder- und Jugendhilfeträger zur Verfügung steht, ist die Unterbringung bei Pflegeeltern. Diese sollen jedoch nicht dem Heimaufenthaltsgesetz unterliegen. Unzweifelhaft können Minderjährige auch in Pflegefamilien von gleichartigen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bedroht sein. Es ist fachlich nicht zu erkennen, wodurch diese Ungleichbehandlung - schon innerhalb der Instrumente der Kinder- und Jugendhilfe - gerechtfertigt wäre. Wollte man (sachlich ungerechtfertigt) natürliche Personen vom Anwendungsbereich des Heimaufenthaltsgesetzes mit der Begründung ausnehmen, dass natürliche Personen für Minderjährige ein geringeres Gefährdungspotential aufweisen, als die (mit dem Gesetzesvorhaben implizit unterstellte) „absolute Institution“ „stationäre“ Kinder- und Jugendhilfe, so darf man faktisch dagegen einwenden, dass es die letzten Jahrzehnte im fachlichen Bereich große Veränderungen zum Positiven gegeben hat,

und muss man (verfassungs-)rechtlich einwenden, dass dann alle Institutionen, die mit der tatsächlichen und auch nur teilweisen oder zeitweisen Ausübung der Obsorge betraut sind, grundsätzlich ein gleiches oder ähnliches Gefährdungspotential für die Minderjährigen aufweisen. Dies gilt für Schulen, insbesondere in ihren Langformen (da sich der Minderjährige den Großteil der Tageszeit dort aufhält), Kinderbetreuungseinrichtungen, Krankenanstalten und Rehabilitationseinrichtungen, in denen sich Minderjährige ohne Begleitung des Obsorgeberechtigten über längere Zeit aufhalten und insbesondere für Lehrlings- und Schülerheime. Letztendlich stellt sich auch die Frage, ob nicht auch Tageseltern in den Anwendungsbereich des Heimaufenthalts gesetzes einzubeziehen wären.

1.3.2. Zum anderen ist auf die Kompetenzverteilung hinsichtlich der Materie Kinder- und Jugendhilfe (Grundsatzgesetzgebung Bund, Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung Länder) hinzuweisen, die auch aufsichtsrechtliche Regelungen betreffend Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe umfasst. Insofern ist das Heimaufenthaltsgesetz, soweit es faktisch in die Materie des Aufsichtsrechtes eingreift (Rechte des Bewohnervertreters und der Erwachsenschutzvereine), verfassungsrechtlich bedenklich.

1.3.3. Ferner widerspricht die Bundesorganen (Gerichten) im Heimaufenthaltsgesetz eingeräumte faktische Möglichkeit, mittelbar Betreuungsstandards zu definieren, die von anderen Gebietskörperschaften dann zu finanzieren sind, dem Gedanken des § 2 F-VG und muss strikt abgelehnt werden. Wenn der Bund bestimmte Standards in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe haben möchte, dann kann er diese im Wege der Ausübung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz ausüben. Die eingeschlagene Vorgangsweise - diesbezügliche Nichtausübung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz bei gleichzeitiger gesetzlicher Implementierung eines Mechanismus zur mittelbaren Definition von Betreuungsstandards - stellt eine Umgehung der sich aus § 2 F-VG ergebenden grundsätzlichen Finanzierungspflicht des Bundes dar, die nicht akzeptabel ist. Zugleich wird damit mittelbar auch in die Ausführungsgesetzgebungskompetenz der Länder eingegriffen.

1.3.4. Das Heimaufenthaltsgesetz, das mit 1.7.2005 in Kraft getreten ist, hat zum Ziel, alte, pflegebedürftige oder chronisch kranke Menschen in Alten- und Pflegeheimen zu schützen, indem die Voraussetzungen von notwendigen Eingriffen in die persönliche Freiheit dieser Menschen genau festgeschrieben werden. Der Geltungsbereich des Gesetzes umfasst neben Alten- und Pflegeheimen auch Einrichtungen, in denen die Betreuung oder die Pflege von alten, behinderten oder chronisch kranken Menschen ähnlich wie in Heimen organisiert ist. Maßgebend hierbei sind, wie in den erläuternden Bemerkungen ausgeführt wurde, zum einen die diesen Einrichtungen gemeinsame innere Ordnung und strukturellen pflegerischen Bedingungen, zum anderen die daraus für die betreuten oder gepflegten Personen resultierende „Lebenswelt“, in die sie sich einzuordnen haben. Die Anzahl der Pflegeplätze (das Gesetz gilt für Einrichtungen, in denen mindestens drei Personen gepflegt oder betreut werden können) bedingt im Allgemeinen eine Organisation der Pflege oder Betreuung, die dazu führt, dass auftretende Probleme nicht mehr allein durch zwischenmenschliche Zuwendung, wie etwa in einer Familie, gelöst werden können; vielmehr bedarf es hierfür struktureller Vorkehrungen. Das Gesetz erfasst somit zunächst Alten- und Pflegeheime (einschließlich so genannter „Seniorenresidenzen“ und „Geriatriezentren“ zur Pflege oder Betreuung alter Menschen) sowie Heime für behinderte Menschen. Darüber hinaus gilt es in Tagesbetreuungseinrichtungen zur ständigen Pflege oder Betreuung alter Menschen, wenn sie wie Heime organisiert oder an diese angeschlossen sind. Die Grundintention des Heimaufenthaltsgesetzes liegt somit darin, dass „der körperliche und geistige Zustand“ von bestimmten Personengruppen bisweilen freiheitsbeschränkende Maßnahmen erfordert, diese aber in deren Interesse beschränkt und geregelt werden, wobei sich der Schutzgedanke ausschließlich auf psychisch kranke oder geistig behinderte Personen erstreckt.

Der Kinder- und Jugendhilfeträger ist verpflichtet, zur Pflege und Erziehung von Kindern und Jugendlichen im Rahmen der vollen Erziehung sozialpädagogische Einrichtungen zur Verfügung zu stellen (§ 17 B-KJHG 2015). Für die Errichtung und den Betrieb von sozialpädagogischen Einrichtungen ist die Bewilligung des Kinder- und Jugendhilfeträgers erforderlich, der im Rahmen der Bewilligungsverfahrens unter anderem prüfen muss, ob der Betreiber über ein fachlich fundiertes pädagogisches Konzept sowie über die geeignete Anzahl an pädagogischen Fachkräften verfügt. Eine Betreuung eines Kindes oder Jugendlichen im Rahmen der vollen Erziehung ist erforderlich, wenn das Kindeswohl gefährdet ist und zu erwarten ist, dass die Gefährdung nur durch Betreuung außerhalb der Familie abgewendet werden kann und ferner der Kinder- und Jugendhilfeträger mit der Pflege und Erziehung zur Gänze betraut ist. Der Kinder- und Jugendhilfeträger hat dann anstelle der Eltern Pflege und Erziehung im Sinne des § 160 ABGB auszuüben. Die Pflege des minderjährigen Kindes umfasst einerseits die Wahrnehmung des körperlichen Wohls und der Gesundheit aber auch die unmittelbare Aufsicht und Erziehung und damit die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte, die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes sowie die Ausbildung in Schule und Beruf. Dabei muss auch der Wille des Kindes berücksichtigt werden. Mit der mit Inkrafttreten des Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetzes 2013 erfolgten terminologischen Änderung „sozialpädagogische Einrichtungen“ statt „Heime und sonstige Einrichtungen für Minderjährige“ wurde auch einem Paradigmenwechsel in der sozialpädagogischen Arbeit Rechnung getragen, der dazu geführt hat, dass Kinder und Jugendliche nunmehr österreichweit nicht in Heimen, sondern in Pflegefamilien und kleinen Wohngemeinschaften betreut werden, um ihnen ein Aufwachsen im familiärer Atmosphäre zu ermöglichen. Die Betreuung in kleinen Wohngemeinschaften ermöglicht es den Sozialarbeiterinnen und Sozialpädagogen, auf die individuellen Bedürfnisse der Jugendlichen besser einzugehen und verstärkt Beziehungsarbeit zu leisten. Auf diese Weise wird ermöglicht, dass - wie in den Erläuterungen zum Heimaufenthaltsgesetz 2004 angesprochen - auftretende Probleme durch zwischenmenschliche Zuwendung, wie etwa in einer Familie, gelöst werden können. Die sozialpädagogischen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe unterscheiden sich demnach von ihrer Aufgabe und Zielsetzung grundlegend von den Alten-, Pflege- und Behindertenheimen, sowie anderen Einrichtungen, in denen psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut werden. Ihre Einbeziehung in den Anwendungsbereich des Heimaufenthaltsgesetzes ist demnach systemwidrig.

1.3.5. Nach *Barth* (ÖJZ 2006, 20) ergibt sich aus der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des ABGB, des Art 5 Abs 1 EMRK und Art 2 Abs 1 PersFrG, dass Freiheitsbeschränkungen an Minderjährigen nur dann vorgenommen werden dürfen, wenn diese Maßnahme geeignet ist, das Erziehungsziel umzusetzen, um eine dem Minderjährigen drohende Gefahr abzuwenden, kein weniger eingreifendes Mittel zur Verfügung steht und der Freiheitsentzug im angemessenen Verhältnis zum verfolgten Erziehungsziel steht. Liegen alle diese Voraussetzungen vor, handelt es sich um notwendige Erziehungsmaßnahmen. In sozialpädagogischen Einrichtungen dürfen jedoch ausschließlich notwendige Erziehungsmaßnahmen vorgenommen werden. Dass dies auch tatsächlich so ist, dafür sorgen gesetzliche und fachliche Vorgaben, deren Einhaltung durch ein internes Qualitätsmanagement und vielseitige bereits bestehende externe Aufsichtsmaßnahmen (dazu noch ausführlicher unten) sichergestellt wird.

1.3.6. Die Systemwidrigkeit der Einbeziehung der sozialpädagogischen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe kommt auch noch im unverändert gebliebenen § 1 Abs 1 HeimAufG zum Ausdruck, der programmatisch normiert, dass die persönliche Freiheit von Menschen, die aufgrund des Alters, einer Behinderung oder einer Krankheit der Pflege und Betreuung bedürfen, besonders zu schützen ist. Eine Unterbringung in einer sozialpädagogischen Einrichtung der Kinder-

und Jugendhilfe erfolgt jedoch nicht aus Gründen des Alters, einer Behinderung oder Krankheit, sondern deshalb, weil die obsorgeberechtigten Personen - aus welchen Gründen immer - ein Großwerden der Kinder ohne wesentliche Beeinträchtigung des Kindeswohls im häuslichen Bereich tatsächlich nicht gewährleisten können.

1.3.7. Ebenfalls nicht mit den Aufgaben der vollen Erziehung in einer sozialpädagogischen Einrichtung in Einklang zu bringen ist der unverändert gebliebene § 3 Abs 1 HeimAufG, der eine Freiheitsbeschränkung iSd Gesetzes bereits vorliegen lässt, „wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird“. In den Erläuterungen zum Heimaufenthaltsgesetz ist festgehalten, dass eine Freiheitsbeschränkung bereits vorliegt, wenn der Bewohner die Einrichtung nicht verlässt, weil er damit rechnen muss „zurückgeholt“ zu werden. Zur Ausübung der Obsorge gehört aber zwingender Weise auch die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes mit den dafür vorgesehenen gesetzlichen Durchsetzungsmöglichkeiten. Der „Rettungsversuch“ des neuen § 3 Abs 1a trifft die Problematik aber nur teilweise (siehe dazu die Ausführungen in Punkt II.).

1.3.8. Als weit drastischer wird aber die mit der Erweiterung des Anwendungsbereiches des Heimaufenthaltsgesetzes auf Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe indizierte und einhergehende vollkommen verfehlte Auffassung gewertet, dass in den Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe vermeintlich altersuntypische freiheitsbeschränkende Maßnahmen getroffen werden und betreute Kinder und Jugendliche durch die Aufsicht der Länder, die aber sehr wohl die Prüfung der Gewährleistung einer förderlichen Pflege und Erziehung mitumfasst, nicht hinreichend geschützt sind. In keiner Weise werden altersuntypische Freiheitsbeschränkungen wie zB Fixierung mit Gurten, Verwendung käfigartiger Betten oder eigenmächtige Sedierung mit Psychopharmaka etc. an Minderjährigen in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe vorgenommen. Aber nur solche altersuntypische Beschränkungen sollen (nun) anordenbar, zu dokumentieren, der Bewohnervertretung zu melden und gegebenenfalls gerichtlich zu überprüfen sein.

1.3.9. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass nach dem Entwurf die Rechte der Bewohnervertretung (uneingeschränkter Zugang zur Einrichtung und Einsicht in die vorhandenen Unterlagen) auch dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen eingeräumt werden sollen, was den Arbeitsauftrag der Kinder- und Jugendhilfe in Einzelfällen vollkommen zu untergraben vermag (ausführlich und kritisch dazu weiter unten unter II.).

1.3.10. Durch die zusätzlich angedachte Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeit des Erwachsenenschutzvereins ergeben sich neben den Aufsichtsrechten der Fachaufsichten der Länder und den bestehenden Möglichkeiten der Kinder- und Jugandanwaltschaften und des Kinder- und Jugendrates, Parallelstrukturen und Doppelgleisigkeiten, welche im Ergebnis nicht zwangsläufig zu einer qualitativen Besserung der sozialpädagogischen Arbeit oder zur Besserung des Rechtsschutzes für Minderjährige führen. Im konkreten werden die Interessen eines Minderjährigen, der in einer sozialpädagogischen Einrichtung untergebracht ist, durch seinen fallführenden Sozialarbeiter in der Bezirksverwaltungsbehörde, durch die interne Qualitätssicherung des Trägers der Einrichtung, die Aufsicht über die Kinder- und Jugendhilfeinrichtungen bei den Ämtern der Landesregierung, in Salzburg auch durch eine spezielle Vertrauensperson bei der Kinder- und Jugandanwaltschaft, im Falle der Übertragung der Obsorge an den Jugendwohlfahrtsträgerschaft schließlich auch durch das erkennende Pflegschaftsgericht im Auge gehalten. Ferner wird die Strukturqualität der sozialpädagogischen Einrichtungen durch ein hoheitliches Bewilligungsverfahren sowie den in Salzburg nach dem Prinzip der Selbstvertretung eingerichteten Kinder- und Jugendrat sichergestellt.

In diesem Zusammenhang muss ausdrücklich festgehalten werden, dass die umfassend am Kindeswohl orientierte Betreuung in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe durch hochqualifiziertes Personal auf Basis zeitgemäßer Qualitätsstandards erfolgt. Dazu kommen seit kurzem die „Aufsichtsbesuche“ der bei der Volksanwaltschaft eingerichteten Menschenrechtskommissionen und nunmehr der Erwachsenschutzvereine (als Bewohnervertretung). Es entsteht der Eindruck, dass mittlerweile bald mehr Ressourcen für die Überwachung der korrekten Aufgabenerfüllung bereitgestellt werden, als für die Betreuungsarbeit selbst. Wie dies mit dem leitenden Verwaltungsprinzip der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit in Einklang zu bringen ist, entzieht sich jeglicher sachlichen Rechtfertigung. Eine solche liefert auch nicht das - vielleicht historisch bedingte - in der Erweiterung des Anwendungsbereiches des Heimaufenthalts gesetzes zum Ausdruck kommende Misstrauen gegenüber dem für die Fachaufsicht und Fallführung zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträger.

1.3.11. Zusammenfassend wird daher die Einbeziehung der sozialpädagogischen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe entschieden abgelehnt.

2. Zu den finanziellen Auswirkungen:

2.1. Allgemeines:

2.1.1. Aus finanzieller Sicht ist anzumerken, dass sich in den Erläuterungen keinerlei Aussagen zu den finanziellen Auswirkungen des Gesetzesvorhabens auf die Länder finden. Auf Seite 1 des Vorblatts wird zu den Kosten lediglich ausgeführt, dass seitens des Bundes mit Einsparungen zu rechnen ist. Diese Ansicht wird nicht geteilt, im Gegenteil: Seitens des Landes Salzburg werden im Fall einer Realisierung des Vorhabens erhebliche Kostenfolgen befürchtet.

Gemäß Art 1 Abs 3 der Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus ist bei Gesetzesvorhaben eine Darstellung der finanziellen Auswirkungen vorzunehmen. Dieser Verpflichtung ist der Bund nicht nachgekommen. In diesem Zusammenhang wird auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 12. März 2014/VfSlg 19.868) hingewiesen, in dem der Gerichtshof ausführt:

„Bei der Verpflichtung zur Darstellung der finanziellen Auswirkungen des rechtsetzenden Vorhabens handelt es sich nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift. Die Darstellung der finanziellen Auswirkungen ist nach der Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus zwingender Inhalt eines rechtsetzenden Vorhabens; die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung wird durch Art 4 Abs 2 Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus sanktioniert [...]: Mit der Übermittlung eines Vorhabens im Sinne des Art 1 Abs 1 leg cit, in das keine Darstellung der finanziellen Auswirkungen im Sinne des Art 1 Abs 3 leg cit aufgenommen wurde, wird den gegenbeteiligten Gebietskörperschaften ‚keine Gelegenheit zur Stellungnahme‘ zum Rechtsetzungsvorhaben innerhalb der in Art 1 Abs 4 leg cit genannten Fristen gegeben, sodass die Kostentragungsverpflichtung die rechtsetzende Gebietskörperschaft trifft [...].“

2.1.2. Umgekehrt enthalten weder der Gesetzestext noch die Erläuterungen auch unanfechtbare und zweifelsfreie Aussagen dazu, dass auf die Länder durch das Gesetzesvorhaben keine Mehrbelastungen zukommen würden. Vielmehr wird überdeutlich, dass der Bund - insbesondere durch die Betonung der Unzuständigkeit von Gerichten und Sachwaltern und die mehrfache Hervorhebung der (angeblichen) Zuständigkeit der Einrichtungen der Sozial- und Behindertenhilfe (dazu siehe ausführlich oben unter A.1.2) - seine bisherige Kostenverantwortung auf die Sozial- und Behindertenhilfe zumindest teilweise abwälzen will.

Da das Vorhaben insgesamt schwerwiegende finanzielle Auswirkungen auf die Länder haben wird, wird dessen Realisierung bis zu einer endgültigen Klärung der Finanzierung abgelehnt.

2.2. Im Einzelnen: Die finanziellen Auswirkungen auf das Land Salzburg:

2.2.1. Eine Mehrbelastung des Landes Salzburg als Sozial- und Behindertenhilfeträger drohen insbesondere aus folgenden Festlegungen:

2.2.1.1. Die Verfahrensfähigkeit in den hoheitlichen Leistungszuerkennungsverfahren richtet sich gemäß § 9 AVG nach den Regelungen des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsfähigkeit. In Zukunft sollen daher Parteien eines Verwaltungsverfahrens trotz Bestellung eines Erwachsenenvertreters verfahrensfähig sein. Die Verfahrensfähigkeit von Betroffenen wird zu einem erheblichen Mehraufwand bei der jeweiligen Behörde führen, da in aller Regel eine intensivere Auseinandersetzung mit dem Betroffenen und dessen besonderen Bedürfnissen erforderlich sein wird. Auch würde die Manduktionspflicht während der Verfahren intensiver zu leben sein, was bei Beibehaltung des derzeitigen Personalstandes jedenfalls nicht machbar wäre. Sollte der gegenständliche Entwurf in Kraft treten, würde hier zweifelsfrei eine Aufstockung der Personalressourcen notwendig werden. Eine seriöse Berechnung dieses Mehraufwandes ist jedoch zum jetzigen Zeitpunkt auf Grund einer Vielzahl unbekannter Variablen bei den vorstellbaren Szenarien nicht möglich und wird wohl überhaupt erst im Nachhinein machbar sein.

2.3.2. Zudem ist aus finanzieller Perspektive - auch wenn es aus fachlicher Sicht verständlich und wünschenswert sein mag - zu befürchten, dass bei Vorliegen bestimmter Konstellationen wiederholt auf Beratungs- und Betreuungspersonal aus Einrichtungen der Sozial- und Behindertenhilfe gegriffen werden soll (siehe etwa § 252 Abs 2 ABGB), die eine Aufstockung des Personalstandes im Gesamten betrachtet notwendig machen würde.

2.2.1.2. Die angestrebte weitestgehende Selbständigkeit schutzberechtigter Personen kann also nur erreicht und gelebt werden, wenn entsprechende Ressourcen insbesondere zur entsprechenden Beratung, Begleitung und Unterstützung dieser Personen zusätzlich bereitgestellt werden. Nachdem im Gesetzesentwurf seitens des Bundes deutlich gemacht wurde, dass dieser nicht bereit ist, einschlägige Einrichtungen jenseits der Erwachsenenschutzvereine mit ihrem nunmehr reduzierten Aufgabenfeld zu schaffen (und finanzieren), wird der Nachfragedruck zweifelsfrei bei den bestehenden Einrichtungen, die überwiegend aus Mitteln der Länder finanziert werden, merkbar werden. Eine so bewirkte faktische Verlagerung der Finanzierung der erforderlichen Beratungs- und Unterstützungsangebote wird jedenfalls nicht akzeptiert und kann auch nicht zu einem automatischen Einspringen des Landes Salzburg ohne entsprechende finanzausgleichrechtlichen Vereinbarungen führen. Der geplante § 271 Abs 2 ABGB, der „die Verwaltung des bei Übernahme der Kosten der Pflege und Betreuung durch die öffentliche Hand verbleibenden gesetzlichen Freibetrags“ bei umfassend betreuten (also in vollstationären Einrichtungen der Sozial- und Behindertenhilfe untergebrachten) Personen der jeweils betreuenden Einrichtung als ihre Aufgabe überträgt (siehe die Erläuterungen), wird vor dem Hintergrund der Ausführungen zur Zuständigkeit (siehe oben I.1.2) entschieden abgelehnt!

2.2.2. Als Träger der Kinder- und Jugendhilfe drohen dem Land Salzburg finanzielle Mehrbelastungen insbesondere aus der Ausdehnung des Geltungsbereiches des Heimaufenthaltsgesetzes:

Bei der - aufgrund der Ausdehnung des Geltungsbereiches des Heimaufenthaltsgesetzes auf sozialpädagogische Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe - möglichen Entscheidung hinsichtlich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit altersuntypischer Freiheitsbeschränkungen, soll laut Erläuterungen auf den Einzelfall abgestellt werden und sind keine abstrakten Abgrenzungskriterien definiert. In Zweifelsfällen wird es laut Erläuterungen vorbeugend vermehrt zu Meldungen an die Bewohnervertretung kommen und wird die Frage der Alterstypizität mit dieser, allenfalls sogar in einem Gerichtsverfahren unter Beziehung entsprechender Sachverständiger zu klären sein. Die damit im Zusammenhang stehenden möglichen organisatorischen und finanziellen Mehraufwände für den Kinder- und Jugendhilfeträger werden im vorliegenden Entwurf mitnich-

ten abgebildet oder dargestellt. Insbesondere die einfachgesetzlich eingeräumte faktische Möglichkeit für Bundesorgane mittelbar Betreuungsstandards zu definieren, die von anderen Gebietskörperschaften dann zu finanzieren sind, widerspricht dem Gedanken des § 2 F-VG und wird entschieden abgelehnt. Wenn der Bund bestimmte Standards in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe haben möchte, dann kann er diese im Wege der Ausübung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz ausüben. Die eingeschlagene Vorgangsweise - diesbezügliche Nichtausübung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz bei gleichzeitiger gesetzlicher Implementierung eines Mechanismus zur mittelbaren Definition von Betreuungsstandards - stellt sich doch als Umgehung seiner sich aus § 2 F-VG und dem Konsultationsmechanismus ergebenden grundsätzlichen Finanzierungspflicht dar.

B. Zu den einzelnen Bestimmungen:

1. Zu Artikel 1 (Änderung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches):

Zu § 24 ABGB:

Durch den als terminologische Anpassung vorgesehenen Ersatz des Begriffes „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ durch „Entscheidungsfähigkeit“ und den Hinweis in den erläuternden Bemerkungen zu § 24, dass es sich um eine „neue, umfassende Regelung“ handelt, besteht Unklarheit dahingehend, ob die bislang einschlägige Judikatur im Zusammenhang mit dem Begriff der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ (zumindest hinsichtlich des Kriteriums des „Verstehenkönnens der Folgen des Handelns“) weiter Verwendung finden kann. Da es sich bei der Auslegung und Beurteilung der „Entscheidungsfähigkeit“ um ein nicht unwesentliches Element im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Schutz (auch) Minderjähriger handelt, sind die beabsichtigten Änderungen insbesondere für den Rechtsbereich der Kinder- und Jugendhilfe von großer Bedeutung und erscheint eine Klarstellung in den Erläuterungen wünschenswert.

Zu § 158 Abs 2 ABGB:

Nach derzeitigter Regelung ist es einem nicht voll geschäftsfähigen Elternteil nicht möglich, das Vermögen eines/r Kindes/ Jugendlichen zu verwalten oder dieses/diese/n gesetzlich zu vertreten. Somit besteht der gänzliche Ausschluss von der Vermögensverwaltung und der gesetzlichen Vertretung als Teile der Obsorge.

Nach vorliegendem Entwurf soll ein Elternteil nunmehr über die Handlungsfähigkeit verfügen, die ein Handeln in eigenen Angelegenheiten erfordern würde. Auch wenn die Stärkung der Selbstbestimmung von Elternteilen in eigenen Angelegenheiten begrüßenswert erscheint, bestehen Bedenken hinsichtlich der damit zu erwartenden möglichen negativen Konsequenzen für Minderjährige und deren Rechtssicherheit und wird bei einer Vermögensverwaltung oder gesetzlichen Vertretung durch einen Elternteil mit (auch nur auf Teilbereiche) eingeschränkter Geschäftsfähigkeit die unzureichende Anspruchs- und Interessensvertretung im Sinne des Kindeswohles befürchtet. Man möchte die Interessen der Eltern fördern und nimmt dadurch mögliche negative Folgen für Minderjährige in Kauf, obwohl diese - als oberstes Prinzip der Kinder- und Jugendhilfe - objektiv und allumfassend schutzbedürftig sind.

Zum Entfall des § 175 ABGB:

Angedacht ist der Entfall des gerichtlichen Ausspruches, wenn Minderjährigen wegen verzögter Reife, psychischer Erkrankung oder geistiger Behinderung die für einzelne oder einen Kreis von Angelegenheiten erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit fehlt.

Zweck des § 175 ist gerade der Schutz der Minderjährigen, denen die vom Gesetz typischerweise zugemessene Einsichts- und Urteilsfähigkeit respektive Entscheidungsfähigkeit in ihren

„persönlichen Angelegenheiten“ oder Geschäftsfähigkeit fehlt sowie auch die Klarheit über die eingeschränkte Dispositionsfähigkeit von Minderjährigen für den Rechtsverkehr. Die Möglichkeit eines gerichtlichen Ausspruches über die eingeschränkte Handlungsfähigkeit dient dazu, nicht in Zweifelsregeln Zuflucht nehmen zu müssen, und somit dem erklärten Ziel der Rechtssicherheit (verweigert zB eine 13-jährige mit verzögerter Reife ihre Einwilligung zur für Minderjährige diesen Alters vielleicht üblichen Schwangerschaftsverhütung und willigt der gesetzliche Vertreter an ihrer Stelle ein, ist die Klärung der Diskretionsfähigkeit der Patientin für den Arzt von durch § 175 geschütztem Interesse).

Unklar ist somit, ob bei Entfall des § 175 die bestehenden Regelungen des §§ 170ff in der Praxis tatsächlich ausreichenden Schutz für Minderjährige bieten können.

Zu § 201 Abs 1 ABGB:

Derzeit beinhaltet § 201 Abs 1 Z 2 den Schutz „nicht eigenberechtigter“ Wahlkinder durch eine gerichtliche Aufhebung der Wahlkindschaft. Ziel des neuen § 201 soll die Ausdehnung des Schutzes der gerichtlichen Aufhebung der Wahlkindschaft auf alle nicht entscheidungsfähigen Wahlkinder sein.

Durch die Ersetzung der Begrifflichkeiten im § 201 Abs 1 Z 2 von „eigenberechtigt“ in „entscheidungsfähig“ sollte zwar der Schutz auf volljährige entscheidungsunfähige Wahlkinder ausgedehnt werden, entfällt aber dem Wortlaut nach der Schutz von entscheidungsfähigen Wahlkindern zwischen 14 und 18 Jahren und entsteht dadurch eine Regelungslücke. Diese sind derzeit als „nicht eigenberechtigte Personen“ geschützt, gelten aber nach dem neuen Begriffsverständnis in der Regel als „entscheidungsfähig“. Schutz besteht demnach für unter 14-Jährige und für über 18-Jährige bei fehlender Entscheidungsfähigkeit. Hier bedarf es jedenfalls einer Klarstellung.

Zu § 241 Abs 3 ABGB:

Im Abs 2 wird demonstrativ aufgezählt, welche Arten der Unterstützung eine Vertretung entbehrlich machen: Dazu gehören Unterstützung durch die Familie, durch andere nahe stehende Personen, durch Gruppen von Gleichgestellten oder Beratungsstellen oder durch das sogenannte „betreute Konto“ sowie dem sogenannten „Vorsorgedialog“. Laut Erläuterungen ist der Vorsorgedialog eine strukturierte Form eines Vorsorgegesprächs nach Übersiedlung in eine Einrichtung oder am Beginn von längeren Krankenhausaufenthalten. Festgehalten wird, dass im Rahmen des ABGB keinesfalls geregelt werden kann, wie das Betreuungsangebot und das Aufnahmeprocedere einer Einrichtung der Sozial- oder Behindertenhilfe, etwa einer Seniorenpflegeeinrichtung, auszusehen hat. Sofern der Bund gewillt ist, dieses Rechtsinstitut des Vorsorgedialogs inhaltlich zu determinieren, wird man jedenfalls davon ausgehen müssen, dass er sich um die Umsetzung und Finanzierung dieses Unterstützungsangebotes zu kümmern hat. Vor dem Hintergrund des vom Bund eingeschlagenen Weges, (mögliche) Unterstützungsangebote gesetzlich zu normieren (siehe auch „betreutes Konto“), gleichzeitig aber nichts hinsichtlich der Umsetzung und Finanzierung diese Angebote auszusagen, muss darauf hingewiesen werden, dass das Land Salzburg für sich auch keine Verpflichtung erkennen kann, diese Betreuungs- und Unterstützungsangebote einzurichten, zu beauftragen oder zu finanzieren.

Zu 243 Abs 1 ABGB:

Im Abs 1 müsste es richtigerweise „... einer vertretenen Person...“ heißen.

Zu § 246 Abs 1 Z 5 ABGB:

Grundsätzlich wird die zeitliche Befristung (automatisches Auslaufen nach 3 Jahren) der gerichtlichen aber auch der gesetzlichen Erwachsenenvertretung vom Gesichtspunkt der Rechtssicherheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr sowie der Gefahr von Vertretungslücken als problema-

tisch angesehen und insbesondere bei Menschen, bei denen eine Verbesserung ihres Zustandes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist, als überschießend angesehen.

Zu § 252 Abs 2 ABGB:

Der behandelnde Arzt hat sich, wenn er Zweifel hinsichtlich der Entscheidungsfähigkeit einer volljährigen Person hat, nachweislich um die Beziehung von „im Umgang mit solchen Patienten besonders geschulten Fachkräften zu bemühen“, welche diese Person dabei unterstützen können, ihren Willen zu bilden und zu äußern. Hier wird zwar keine Verpflichtung zur Erbringung dieser Unterstützungsleistung für diese Fachkräfte normiert, jedoch ist der Arzt verpflichtet, einen entsprechenden Versuch ihrer Beziehung zu unternehmen. Der (wenn auch nur moralische) Druck, diesem Ersuchen nachzukommen, trifft die Einrichtung bzw das konkrete Fachpersonal und belastet - bei Entsprechung - die Ressourcen einer anderen Gebietskörperschaft. In den Erläuterungen wird davon gesprochen, dass auf diese Art und Weise beispielhaft „aus dem Pflegepersonal, das mit dem Patienten täglich zu tun hat“ und das weitgehend von den Ländern finanziert wird, „Unterstützerkreise“ gebildet werden können. Was diese „Unterstützerkreise“ konkret können sollen und tun dürfen, ist dem Gesetzesvorhaben nicht zu entnehmen, ebenso wenig eine klare Aussage, wer für deren Finanzierung zuständig sein soll. Diese Regelung beinhaltet also auf mehreren Ebenen Konfliktpotential, das schon im Interesse der und mit Rücksicht auf die (potentiell) schutzberechtigte(n) Person vermieden werden sollte.

Zu § 271 Abs 2 ABGB:

Diese Bestimmung regelt, dass ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter zur Erledigung von Rechtsgeschäften des täglichen Lebens einer umfassend betreuten volljährigen Person oder zur Verwaltung des dieser bei Übernahme der Kosten für ihre Pflege und Betreuung durch die öffentliche Hand verbleibenden gesetzlichen Freibetrags ex lege nicht bestellt werden kann. Den Erläuterungen ist zu entnehmen, dass „diese Aufgabe der betreuenden Einrichtung zukommt, die die Bedürfnisse viel besser kennt“. Dass die Kompetenztatbestände des Art 12 B-VG „Armenwesen, Volkspflegestätten, Heil- und Pflegeanstalten“ die Materie der Geschäfts- und Handlungsfähigkeit allenfalls von einschlägigen Leistungen betroffener Personenkreise mitumfassen, ist nicht anzunehmen. Die Zuständigkeit für die Teilhabe schutzberechtigter Personen am rechtsgeschäftlichen Verkehr ist in Gesetzgebung und Vollziehung eindeutig dem Bund zugeordnet. Wenn nun die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters ausgeschlossen ist, so nimmt der Bundesgesetzgeber bewusst eine Vertretungslücke in Kauf, die von den Ländern mangels Vollzugszuständigkeit gar nicht geschlossen werden kann. Die einschlägigen Kompetenztatbestände rechtfertigen auch keine ausführungsgesetzliche Regelung der Geschäftsfähigkeit von Personen, die Leistungen der Sozial- und Behindertenhilfe benötigen. Zum im Rahmen des Art 12 B-VG von den Ländern zu regelnden Aufgabenfeld des Pflege- und Betreuungspersonals gehört dezidiert nicht die Vermögensverwaltung der betreuten Personen. Abgesehen davon muss hier nochmals auf die dann strukturell angelegte und permanente Interessenskonfliktion hingewiesen werden, die auch nicht durch den kurzen Hinweis in den Erläuterungen bestätigt werden kann, dass „einer allfälligen Missbrauchsgefahr durch eine effektive Heimaufsicht begegnet werden kann“. Auch hier gilt, dass der Ausführungsgesetzgeber hinsichtlich der Regelung der Ausübung der Aufsicht bezüglich der Materie der Vermögensverwaltung keine Zuständigkeit hat.

Zu § 865 Abs 1 ABGB:

Die Neuregelung zur Geschäftsfähigkeit sieht vor, dass nunmehr Kinder unter 7 Jahre und Kinder über 7 Jahre ohne Vernunft ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen dürfen.

Gerade im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm und die Tatsache, dass vielfach mit scheinbar zum Vorteil gemachten Versprechen auch Nachteile - wenn auch nur aus erzieherischer/pädagogischer Sicht - verbunden sein können, soll die Gefahr der Übervorteilung Minderjähriger vermieden werden. Es mag sein, dass wie in den Erläuterungen argumentiert, die damit verbundenen Probleme sich im faktischen Bereich abspielen, dennoch scheint es rechtlich fragwürdig, dass etwas, was das Kind annehmen können soll, dann wieder in die absolute Verfügungshoheit des Obsorgeberechtigten fallen soll, etwa indem er es - wie in den Erläuterung ausgeführt - dem Geschenkgeber zurückübertragen kann. Das Argument, dass eine allenfalls sachlich gebotene Ungleichbehandlung zwischen nicht geschäftsfähigen Volljährigen und Kindern nur deswegen nicht möglich sein soll, weil eine allenfalls nötige Differenzierungsmöglichkeit die nunmehr getroffene Neuregelung noch komplexer macht und schwerer umzusetzen ist, darf einem grundsätzlich erkannten Schutzbedürfnis für Kinder jedenfalls nicht vorgehen. Ein solches Schutzbedürfnis wird aber gerade auch durch die Regelung des § 865 Abs 4 unterstrichen.

Zu § 1034 ABGB:

Die durchgängige Verwendung des neuen Begriffes „gesetzlicher Vertreter“ wird als problematisch angesehen und sind - jedenfalls im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe (zB zwischen mehreren Obsorgerträgern: leibliche Eltern/KJHT) - Konflikte und Unklarheiten zu erwarten. Unklar ist, wer/welcher gesetzliche Vertreter in welchem Umfang tatsächlich welche Vertretungshandlungen vornehmen kann. In Frage steht überdies die Harmonisierung mit § 167 ABGB (als Teilbereich der Obsorge) und die Übereinstimmung mit der Systematik des ABGB. Hierzu bedarf es jedenfalls einer Klarstellung (zB gesetzlicher Vertreter im Bereich der Pflege und Erziehung).

Zu Artikel 2 (Änderung des Ehegesetzes):

Zu § 1 EheG:

Die Neuregelung sieht wie bisher die Möglichkeit der Eheschließung für Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, vor. Im Gegensatz zu beschränkt geschäftsfähigen Volljährigen soll aber weiterhin bei Minderjährigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sein. Dies wird damit begründet, dass es sich um eine schwerwiegende Entscheidung handelt und Minderjährige über weniger Lebenserfahrung als Erwachsene verfügen. Minderjährigen soll durch die gemeinsame Entscheidung mit dem gesetzlichen Vertreter eine Unterstützung zuteilwerden.

Auch wenn das Festhalten an der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eines/r Minderjährigen begrüßt wird, fehlt eine Rechtfertigung für die Differenzierung zwischen 16-/17-Jährigen und volljährigen beschränkt geschäftsfähigen Personen. Warum die Verehelichung für diesen Personenkreis eine weniger schwerwiegende Entscheidung als für 16-Jährige darstellen sollte, bleibt unerörtert und kann nicht nachvollzogen werden. In diesem Zusammenhang wird zum Schutz der Minderjährigen und zur Hintanhaltung jeglicher unfreiwillig und unter sozialem oder religiösem Druck eingegangener Verehelichung angeregt, die Ehefähigkeit generell vom Erreichen der Volljährigkeit abhängig zu machen.

Zu Artikel 7 (Änderung der Zivilprozessordnung):

Zu § 4 Abs 1 ZPO:

Nach dem derzeit geltenden § 4 kann ein Elternteil, der nicht voll geschäftsfähig ist, sein Kind nicht vor Gericht vertreten und ist somit zum Schutz des Kindeswohles generell von der gesetzlichen Vertretung des Kindes ausgeschlossen.

Nach dem vorliegenden Entwurf soll ein Elternteil nun vertretungsbefugt sein, wenn er über die Handlungsfähigkeit verfügt, die ein Handeln in eigenen Angelegenheiten erfordern würde. Dies bedeutet, so explizit auch die Erläuterungen, dass der gesetzliche Vertreter auch dann, wenn für ihn selbst für alle Angelegenheiten ein Erwachsenenvertreter bestellt ist, grundsätzlich vertretungsbefugt ist, wenn er bezogen auf die jeweils vorzunehmende Vertretungshandlung und den jeweiligen konkreten Zeitpunkt einsichts- und urteilsfähig sowie geschäftsfähig ist.

Unabhängig davon, dass eine solche Annahme erheblichen Interpretationsspielraum eröffnet, bedeutet das für gerichtliche Verfahren eine veritable Gefahr für prozessuale Interessen Minderjähriger. Es bleibt zu befürchten, dass dadurch die rechtlichen Belange Minderjähriger bzw. deren Ansprüche vor Gericht nicht ausreichend vertreten sind. Die grundsätzlich als positiv gewertete Stärkung der eigenen Handlungsautonomie von in manchen Bereichen entscheidungsunfähigen (derzeit besachwalteten) Personen sollte sich jedoch nur auf eigene, in der Person gelegene Angelegenheiten beziehen dürfen.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass auch im Außerstreitverfahren (§ 4 AußStrG) vorgesehen ist, dass sich jede Partei durch jede Person vertreten lassen kann, die volljährig und geschäftsfähig ist und für die in keinem Bereich ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt oder eine gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertretung oder Vorsorgevollmacht wirksam ist. Warum dieser allgemeine Ausschluss nicht auch für Minderjährige im Bereich der Zivilprozessordnung gelten soll, kann nicht nachvollzogen werden und sollte zumindest auch im Bereich der ZPO ein vergleichbarer prozessualer Schutz im Sinne des Kindeswohles gewährleistet werden.

Zu Artikel 9 (Änderung des Bundesgesetzes über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern):

Allgemeines:

Vorab darf angemerkt werden, dass Aufgabe, Untersuchungsgegenstand und das Verfahren der Abklärung im Sinne des § 4a und 4b ESchuVG ausreichend deutlich geregelt scheint, dass es jedoch bezüglich der Frage, welche Berufsgruppen zur Abklärung im Sinne des § 4a und 4b des Gesetzes herangezogen werden können, Unklarheit besteht. Nach Ansicht des Landes Salzburg sollte jedoch nur ein Mediziner Aussagen über den (Geistes-)Zustand eines Betroffenen treffen. Hier ist eine entsprechende Klarstellung wünschenswert.

Zu § 4 ESchuVG:

Bei der Festlegung der Kriterien für die Eignungsfeststellung von „Erwachsenenschutzvereinen“ durch den Bundesminister für Justiz wird - trotz der Ausdehnung des Geltungsbereiches des Heimaufenthaltsgesetzes auf die stationäre Kinder- und Jugendhilfe - weiterhin (ausschließlich) auf die Kompetenz der organschaftlichen Vertreter im Umgang mit psychisch Kranken und vergleichbar beeinträchtigten Menschen abgestellt und kein Bezug auf sozialpädagogische Erfahrung und Kenntnisse genommen. Dies unterstreicht die fachlichen Bedenken der Kinder- und Jugendhilfe, wie sie in der gegenständlichen Stellungnahme zum Heimaufenthaltsgesetz geäußert wurden und lässt durchaus berechtigte Zweifel an der geeigneten erforderlichen fachlichen Ausrichtung entstehen.

Zu § 4 Abs 3 ESchuVG:

Nach § 4 Abs 3 soll der Verein verpflichtet sein, das zuständige Pflegschaftsgericht zu informieren, wenn ihm eine erhebliche Gefährdung des Wohles einer betroffenen Person (u.a. von Minderjährigen) bekannt wird. Diese Pflicht soll laut den Erläuterungen bei konkreten Anhaltspunkten für eine erhebliche Gefährdung bestehen und der Rechtsklarheit für MitarbeiterInnen des

Vereins dienen. Zur Beurteilung einer „erheblichen Gefährdung“ soll § 37 B-KJHG 2013 herangezogen werden.

Für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe ist durch die Mitteilungspflicht an den örtlich zuständigen Kinder- und Jugendhelfeträger nach § 37 B-KJHG 2013 ausreichend Schutz gewährleistet und sollte diese Bestimmung hinreichend Rechtsklarheit schaffen. Demnach wäre von den MitarbeiterInnen des Vereins unverzüglich schriftlich Mitteilung an den örtlich zuständigen Kinder- und Jugendhelfeträger zu erstatten, wenn sich in Ausübung der beruflichen Tätigkeit der begründete Verdacht ergibt, dass Minderjährige misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht werden oder worden sind oder ihr Wohl in anderer Weise erheblich gefährdet ist. Nach Mitteilung veranlasst der zuständige Kinder- und Jugendhelfeträger umgehend die notwendigen weiteren Schritte und Sofortmaßnahmen im Interesse des Kindeswohles (u.a. auch die mögliche Einbeziehung des Pflegschaftsgerichtes). Demzufolge wird in der Informationspflicht der MitarbeiterInnen an das Pflegschaftsgericht, welche lediglich zu deren Rechtsklarheit beitragen sollte, eine entbehrliche Parallelstruktur gesehen.

Unter Vorbehalt des Oberwähnten, sollte die angedachte Informationspflicht im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe jedenfalls (auch textlich in diesem Zusammenhang) auf den Kinder- und Jugendhelfeträger ausgedehnt werden.

Zu § 6 Abs 1 ESchuVG:

Die Ausnahme der MitarbeiterInnen des Vereins von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber den Gerichten muss konsequenter Weise auch gegenüber dem Kinder- und Jugendhelfeträger insbesondere in seiner Aufsichtsfunktion gelten. Eine allfällige Berufungsmöglichkeit von MitarbeiterInnen von „Erwachsenenschutzvereinen“ auf die Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Kinder- und Jugendhilfe ist inakzeptabel und widerspricht der gesetzlichen Festlegung, dass der Kinder- und Jugendhilfe die zentrale Stellung im Kinderschutz zugewiesen ist.

Zu Artikel 10 (Änderung des Unterbringungsgesetzes):

Zu den §§ 5, 35, 36 und 37UbG:

Nach den Erläuterungen zu § 5 soll der entscheidungsunfähige Minderjährige wegen der mit der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen in der Regel verbundenen Aufgabe der Pflege und Erziehung auf Verlangen des „gesetzlichen Vertreters“ untergebracht werden. Ist der Minderjährige entscheidungsfähig, so müssen beide die Unterbringung verlangen.

Aufgrund der Unschärfe der Begrifflichkeit des „gesetzlichen Vertreters“ und des zwingenden Bezuges zum Teilbereich der Obsorge der „Pflege und Erziehung“, zu welchem auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht zählt, müsste zur Rechtsklarheit und zur Aufrechterhaltung der Systematik im ABGB im § 5 auf das Verlangen des gesetzlichen Vertreters im Bereich der Pflege und Erziehung abgestellt werden. Ohne Ergänzung bzw. gesetzliche Klarstellung würde die Bestimmung in der Praxis im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe regelmäßig zu Konflikten führen. Dieselbe Problematik stellt sich auch im Zusammenhang mit der Information zur medizinischen Behandlung bei Unterbringung und der Einwilligungsbefugnis in medizinische bzw. besondere Heilbehandlungen.

Zu Artikel 11 (Änderung des Heimaufenthaltsgesetzes):

Zu § 2 Abs 2 HeimAufG:

Abgesehen von der grundsätzlichen Ablehnung der Einbeziehung von sozialpädagogischen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe in den Geltungsbereich des Heimaufenthaltsgesetzes (siehe dazu ausführlich oben unter Pkt A) sind die Erläuterungen zur Begrifflichkeit der nun-

mehr gestrichenen Ausnahme für „Heime und andere Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger“ irreführend und widersprüchlich: Zum einen wird festgehalten, dass damit „alle Einrichtungen unter der Aufsicht des Kinder- und Jugendhilfeträgers“ gemeint sind, zum anderen werden in der expliziten (beispielhaften?) Aufzählung auch Sonderschulen genannt. Schulen - auch Sonderschulen - unterliegen jedoch niemals der Aufsicht des Kinder- und Jugendhilfeträgers.

Zu § 3 Abs 1a HeimAufG:

Das Abstellen ausschließlich auf eine „Alterstypizität“ einer Freiheitsbeschränkung, die keine im Sinne des Heimaufenthaltsgesetzes sein soll, geht angesichts des Umstandes, dass im Kinderschaftsrecht und auch in den fachlichen Betreuungsstandards, insbesondere wenn es sich um pädagogische Interventionen handelt, weitgehend auf den Entwicklungsstand und die individuelle persönliche Reife des Minderjährigen und seine (auch aktuelle) psychische und physische Verfasstheit Bezug und Bedacht genommen wird, in die Irre und widerspricht den bisher geschaffenen Regelungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung, die der Verselbständigung und dem Gedanken der Selbstbestimmung der Minderjährigen grundsätzlich Rechnung tragen. Beispielhaft sei auf das „elterliche“ Aufenthaltsbestimmungsrecht und seine Durchsetzbarkeit bezüglich der ihrer Obsorge unterliegenden Minderjährigen verwiesen, das, vereinfacht gesagt, mit zunehmend fortgeschrittenen Entwicklungsstand und persönlicher Reife sowie zunehmender Erhaltungs- und Selbstversorgungsfähigkeit der Minderjährigen immer schwächer wird. Eine ausschließliche Orientierung an der Alterstypizität greift daher jedenfalls zu kurz.

Zum anderen wird dabei übersehen, dass die Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe altersgemischt belegt sind, das Leben in der Gruppe jedoch gegenseitige Rücksichtnahme zB auf die entwicklungsmäßig am wenigsten fortgeschrittenen Gruppenmitglieder erfordert. Pädagogisch notwendige Maßnahmen, die die individuelle Freiheit „beschränken“ (nicht Gruppenstrafen!) mögen für das eine oder anderen Gruppenmitglied isoliert gesehen nicht alterstypisch sein. Der Umstand, dass nicht gesamtheitlich auf den Entwicklungsstand aller Minderjährigen und (sozial)pädagogische Notwendigkeiten Bedacht genommen wird, kann aus der Sicht des Kindeswohles nicht akzeptiert werden. Zugleich macht die gegenständliche Regelung deutlich, wie eindimensional sich der Bundesgesetzgeber sich funktionierende Betreuungs- und Beziehungsarbeit vorstellt, die jedoch nichts mit den realen Anforderungen an eine moderne Kinder- und Jugendhilfe zu tun hat. Dieses Unverständnis wird in den Erläuterungen zu § 3 HeimAufG auch dadurch offensichtlich, dass als Rechtfertigungsgrund gemäß § 4 HeimAufG, das eine „altersuntypische Freiheitsbeschränkung“ zu rechtfertigen vermag, ausschließlich eine psychische Erkrankung oder geistige Behinderung im Zusammenhang mit entsprechender Selbst- und Fremdgefährdung anerkannt wird. Das vollkommene Fehlen (sozial-)pädagogischer Erwägungen, jenseits jeglicher medizinisch-diagnostischer Gesichtspunkte, macht den fachlich problematischen und unpassenden Zugang zur Aufgabe der vollen Erziehung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe überdeutlich und erzwingt nahezu einen pathologisierenden Blick auf den betroffenen Minderjährigen und letztlich dessen Stigmatisierung, die im Rahmen der (sozial-)pädagogischen Beziehungs- und Betreuungsarbeit vermieden werden sollte.

Ausschließend ist nochmals auszuführen, dass das sozialpädagogische Selbstverständnis der Kinder- und Jugendhilfe ein solches ist, dass in sozialpädagogischen Einrichtungen ausschließlich nur notwendige Erziehungsmaßnahmen vorgenommen werden und dass die Kinder- und Jugendhilfe keinerlei Interesse an der Vornahme von alterstypischen Freiheitsbeschränkungen und schon gar nicht von altersuntypischen Freiheitsbeschränkungen hat, vor denen das Heimaufenthaltsgesetz meint, Minderjährige in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe schützen zu müssen.

Zu § 3 Abs 2 HeimAufG:

Die Festlegung, dass eine Freiheitsbeschränkung nicht vorliegt, wenn eine Zustimmung des betroffenen Bewohners vorliegt, die dieser nur selbst erteilen kann, ist aus der Perspektive des Persönlichkeitsschutzes nur konsequent und grundsätzlich zu begrüßen. Angemerkt werden muss aus der Sicht der Kinder- und Jugendhilfe, dass die erforderliche Entscheidungsfähigkeit der betroffenen (auch sehr jungen) Bewohner wohl regelmäßig an Hand des Gegenstandes oder der Form der pädagogischen Intervention, aber vor allem auf der Basis der konkreten insbesondere psychischen Verfasstheit des betroffenen Bewohners, die sich auch sehr rasch ändern kann, zu beurteilen sein wird und die Einrichtung unter einen immensen Dokumentationsdruck stellen wird, der die (sozial-)pädagogische Begleitung im Alltag wohl nicht unberührt bleiben lässt.

Zu § 9 Abs 1 HeimAufG:

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass nach dem Entwurf die Rechte der Bewohnervertretung (ungeingeschränkter Zugang zur Einrichtung und Einsicht in die vorhandenen Unterlagen) auch dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen und damit allen obsorgeberechtigten Eltern, mit denen eine Maßnahme der Vollen Erziehung auf freiwilliger Basis vereinbart wurde, eingeräumt werden sollen. Dies betrifft rund 75% der Fälle der Unterbringungen in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe. Gerade im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe ist es von großer Wichtigkeit, dass den betreuten Minderjährigen ein geschützter (Wohn-)Rahmen geboten wird, sodass einrichtungsfremde Personen nicht ohne weiters die Einrichtung betreten können. Auch wird es gerade im Einzelfall aus pädagogischer Sicht erforderlich sein, dass eben nicht die vielleicht noch mit bestimmten Teilen der Obsorge betrauten Kindeseltern, die zB wegen Missbrauchs oder Gewaltanwendung die Pflege und Erziehung des/der Minderjährigen nicht mehr ausüben können sollen, solche Rechte ausüben dürfen und uneingeschränkt Zugang zum/r betreuten Minderjährigen haben sollen. Eine solche allgemein gültige Vorgehensweise und Berechtigung widerspricht jedenfalls dem Grundgedanken der Kinder- und Jugendhilfe und dem Grundprinzip des Kindeswohles.

Der Kontakt der obsorgeberechtigten Personen mit dem untergebrachten Kind wird daher entsprechend den Bedürfnissen des betroffenen Minderjährigen unter Beachtung des objektiven Kindeswohles im Rahmen der Hilfeplanung unter Federführung des zuständigen Sozialarbeiters an der Bezirksverwaltungsbehörde mit den obsorgeberechtigten Personen sowie der betreffenden Einrichtung unter altersadäquater Beteiligung des Minderjährigen vereinbart. Diese Steuerungsmöglichkeit der Kinder- und Jugendhilfe ist unverzichtbar. Auch für den Träger der Einrichtung ist es mit Blick auf die erforderliche ungestörte sozialpädagogische Arbeitsfähigkeit des Teams unabdingbar, unbeschränkten Zugriff von außerhalb hintanzuhalten. Auch haben die obsorgeberechtigten Personen nicht automatisch ein umfassendes Einsichtsrecht in die bei den Einrichtungen vorhandenen Dokumentationen und Unterlagen, sondern ist dieses ausschließlich nach den einschlägigen Regelungen des Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz sowie den entsprechendes Ausführungsgesetzen der Länder zu beurteilen. Eine Überlagerung dieser fachlich begründeten Einschränkungen durch die gegenständliche Regelung wird strikt abgelehnt.

Diese Stellungnahme wird der Verbindungsstelle der Bundesländer, den anderen Ämtern der Landesregierungen, dem Präsidium des Nationalrates und dem Präsidium des Bundesrates ue zur Verfügung gestellt.

Mit freundlichen Grüßen
Für die Landesregierung
DDr. Sebastian Huber, MBA
Landesamtsdirektor

Amtssigniert. Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur oder des elektronischen Siegels finden Sie unter www.salzburg.gv.at/amtssignatur

Ergeht an:

1. Bundesministerium für Justiz, Museumstraße 7, 1070 Wien, E-Mail
2. Amt der Burgenländischen Landesregierung, E-Mail: CC
3. Amt der Kärntner Landesregierung, E-Mail: CC
4. Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, E-Mail: CC
5. Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, E-Mail: CC
6. Amt der Steiermärkischen Landesregierung, E-Mail: CC
7. Amt der Tiroler Landesregierung, E-Mail: CC
8. Amt der Vorarlberger Landesregierung, E-Mail: CC
9. Amt der Wiener Landesregierung , Magistratsdirektion der Stadt Wien, Geschäftsbereich Recht - Gruppe Verfassungsdienst und EU-Angelegenheiten, E-Mail: CC
10. Verbindungsstelle der Bundesländer beim Amt der NÖ Landesregierung, Schenkenstraße 4, 1010 Wien, E-Mail: CC
11. Parlamentsdirektion - Abteilung L 1.6 Parlamentarische Dokumentation, Archiv und Statistik, E-Mail: CC
12. Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, E-Mail: CC
13. Institut für Föderalismus, E-Mail: CC
14. Abteilung 3 Soziales, Fanny-v.-Lehnert-Straße 1, Postfach 527, 5020 Salzburg, zu do Zl 203-0/610/756-2016, Intern
15. Abteilung 8 Finanz- und Vermögensverwaltung, Kaigasse 2a, Postfach 527, 5020 Salzburg, Intern
16. Büro LH Haslauer, Chiemseehof, Postfach 527, 5020 Salzburg (Abschrift), Intern